

HİZMET TİCARETİ GENEL ANLAŞMASI (GATS) ve KAMU HİZMETLERİ

Dr. Onur Karahanoğulları*

GİRİŞ

Gelişmiş ve azgelişmiş ülkelerin, Dünya Ticaret Örgütü çerçevesinde gelişen küresel mal ve hizmet serbestleştirme hareketlerine neredeyse aynı heyecanla katılmaları gerçekten ilgi çekicidir. Hizmetlerin dünya ölçeğinde, serbestleştirilmesini hedefleyen Hizmet Ticareti Genel Anlaşmasının kurduğu sisteme, 1999 yılının ilk yarısı itibarıyla yüzü aşkın devlet dahil olmuş ve bu Anlaşmaya göre yüklenimlerde bulunmuş durumdadır. Anlaşmanın “pazarlıkçı” yapısı gelişmiş ve az gelişmiş her ülkeyi, iyi pazarlık yaparak kazanacağı düşüncesine (düşüne) sevk etmektedir.

Serbest ticaret, kapitalist paradigmaya sıkı sıkıya bağlı olanların kafasında herkesin kazanabileceği bir oyundur. Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS), bu ideal durumu temsil eder; serbest ticaret sayesinde herkesin kazanabileceği böylelikle de azgelişmişlerin nihayet gelişebileceği, gelişmiş ülkelerin ise refahlarını artırabileceği süreci başlatacak bir uluslararası “uzlaşma”dır. Serbest mal ve hizmet ticareti sayesinde, iyi pazarlıklarla bütün devletler, dünya ölçeğinde ticaret hacmini genişletecek ve bunun sağladığı iktisadi canlılık ve gelişmeyle tüm halklar zenginleşecektir. “Herkes” kazanabilir. Gerçekten de her bir “kapitalist”in, kazanma olasılığı vardır. Az gelişmiş ülkelerin kapitalistleri de, özellikle dünya ölçeğinde mal ve hizmet ticareti devlerinin yarattığı işbölümüne razı olurlarsa kazanabileceklerdir. Ama bunun koşulu, rekabet gücünü geliştirmektir. Devletin ve çalışanların “fedakarlıkları” temel gereksinimdir. Aksi takdirde uluslararası arenada “pazarlık” gücü ve pazarlar yitirilir. Garip biçimde, sermaye git gide uluslararasılaşıp kozmopolitleşirken, emek yapılan fedakarlık çağrılarıyla millileşmekte, milliyetçileşmektedir.

Küresel ticari serbestleşmenin kimin tarafından istenildiği doğru saptanmalıdır. Küreselleşme, küresel kapitalist işbölümünün kendisine biçtiği role, kıyısından köşesinden çeşitli biçimlerde tutunan, bunu yaparken de bir bütün olarak ulusunun fedakarlığını pazarlık gücü olarak kullanan azgelişmiş ülke kapitalistlerinin bir “sorunu” değildir.

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Ticaret Bölümü Başkanı David Hartridge, Fransız Komünist Partisi’nin gazetesi *L’Humanité*’deki yazısında, Fransa’nın milli çıkarları konusunda duyarlı olanları yatıştırmaya çalışıyordu. “*Hizmet Ticareti Genel Anlaşması: Bir komplo yok!*” başlığını taşıyan yazısında, DTÖ görüşmelerinin kötü niyetli ve büyük sermayeye satılmış teknokratların bir komplosu olarak sunulduğunu, ancak gerçekte GATS’ın Fransa için iyi bir haber olduğunu, çünkü Fransa’nın dünya ticaretindeki engellerin azaltılması yönündeki gelişmeden en çok kâr eden ülkelerin başında geldiğini ikna edici bir dille açıklamaktadır. Hartridge’in belirttiğine göre, Fransa Dünya’nın üçüncü büyük hizmet ihracatçısıdır; “ticareti desteklemek, iş yaratılmasını

* A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Görevlisi

desteklemektir, ticaretin dünya ölçeğinde gelişebilmesi için ise, en güçlüünün iradesine yenik düşmeyeceğimiz, düzenli kurallar gerekir. Serbestçe tartışılmış ve özgürce kabul edilmiş kurallar. DTÖ’de yapılan da bundan başka birşey değildir.”¹

DTÖ, söylemi gerçek bir “sözleşme” yani piyasa söylemidir. Buna göre, taraflar veya Anlaşma, devletlere herhangi bir şey dayatmamaktadır. Devlet serbest pazarlık masasına oturacaktır.² Hizmetler konusundaki serbestleşme ve bu serbestleşmenin kapsamı ile yoğunluğu tamamen devletlerin özgür iradeleriyle gerçekleşecektir. Özgür irade temel vurgudur. (Hartridge’in de belirttiği gibi “en güçlüünün iradesine yenik düşülmemekte”, herşey özgür anlaşmalarla yapılmaktadır. Yaşamak için emek gücünü satmaktan başka aracı olmayan işçinin, iş sözleşmesindeki özgürlüğü gibi, tüm devletler de “özgür” iradeleri ile karar vermektedir.)

Dünyanın üçüncü büyük hizmet ihracatçısı olan bir ülkenin kamuoyunu “herşey özgürce yapılıyor; serbestleşmeden kamu hizmetlerimizi koruyarak ülke olarak kazançlı çıkacağız” diye ikna etmek kolay olabilir. Aynı şeyler örneğin Türkiye için de söylenebilir mi?

Aynı şeylerin Türkiye için söylenemeyeceği açıktır.

Ancak Türkiye’de bir “anti” kamuoyunun bulunmadığı da çok açıktır. Yabancı sermaye yatırımlarının azlığından sürekli şikayet eden; kamuoyunun, “yabancı sermaye gelse yatırım olur herkes iş bulur” düşüncesiyle artık yeni ikna mekanizmalarını devreye sokmaya gerek olmayacak denli beslendiği bir ülkede, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın bir “tehdit” olarak değerlendirilmesi garip olacaktır. Ulusal mevzuatında, yabancıların yatırım yapabilmesi için, yurtdışına kâr transferi, teşvik ve vergi muafiyeti de dahil her türlü kolaylığı, dış “baskılara” gerek kalmaksızın sağlayan bir ülke için GATS seve seve kabul edilecek, yatırımcılarının dış pazarlar kovalamasına olanak sağlayacak bir düzenleme olarak değerlendirilecektir.

Kamu teşebbüslerine, bürokrasiye ve genel olarak kamu hizmetlerine yönelik yeni daraltıcı rasyonalite ve düzenleme arayışlarının geçerli paradigma olduğu, sendikalar da dahil hiçbir bir kesimin bunun dışında kalamadığı bir ortamda, kamu hizmetlerinin serbest ticaretin kurallarından kurtulması yönündeki bir arayışın anlamsız olacağı güçlü bir eleştiri olabilir. (Sınıf mücadeleleri, egemen sınıfın çıkarları, vs.) hangi dürtülerle oluşturulmuş olursa olsun varolan kamusallığın “kötü” olduğuna ilişkin genel uzlaşısı olduğu bir ortamda, serbest ticaret karşısında geliştirilecek eleştiriler, doğal olarak kamusallığın savunusu temelinde değil, ulusal çıkarların, ulusal ekonominin, yerli sanayiinin, ulusal kalkınmanın son tahlilde “yerli ve milli” olduğu düşünülen bir kapitalizmin savusu temelinde gelişecektir. Bu savunu temelinde gerçekleşen

¹ <http://www.humanite.presse.fr/journal/2000/2000-10/2000-10-26/2000-10-26-001.html>

² Marx ve Engels, **Komünist Manifesto’da** (1848) “*modern devletin yönetimi, tüm burjuvazinin ortak işlerini yöneten bir komiteden başka bir şey değildir*” saptaması yapmışlardı. (İNG:Le gouvernement moderne n'est qu'un comité qui gère les affaires communes de la classe bourgeoise tout entière. FR: The executive of the modern state is but a committee for managing the common affairs of the whole bourgeoisie.) Sadece içeriği esas alan yaklaşımlar için, aşırı bir yargı gibi görünen bu saptama, GATS mantığında açık biçimde doğrulanmaktadır. Devlet kendi egemenlik alanında bulunan kapitalistleri bu alanın dışında kalan diğer kapitalistlere karşı bir bütün olarak temsil etmekte, onlar için pazarlık yapmaktadır. Devlet yönetiminin tüm burjuvazinin ortak işlerini yöneten bir komite olma niteliği, GATS’ın pazarlıkçı sisteminde iyice belirginleşmektedir.

eleştirilerin, gelişkin ve acar kapitalistlerin şaşkınlığı ve itirazları ile karşılaşması, müttefik olarak yanında kapitalistlerin “ezilen” kanadını ve korporatist yapıları bulması kaçınılmazdır.

Türkiye kapitalizmin olağan yönelimine uygun düşen bu “serbestleşme ve dünya ile entegrasyon” gelişmesinin, geniş toplum kesimleri bakımından önemi, bu kesimler tarafından henüz bir tehdit olarak algılanmаса da, çalışma yaşamı ve kamu hizmetleri üzerindeki etkileri bağlamında ortaya çıkacaktır.

Kamu hizmetleri, toplumsal ihtiyaçların karşılanması için devlet tarafından, (çeşitli nedenlerle ve çeşitli biçimlerde) piyasanın işleyiş kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş faaliyet alanlarıdır. Bu alanlardaki faaliyet, kural olarak devlet tarafından yerine getirilir, ancak devlet tarafından özel girişimcilerin de alanın niteliğini bozmadan devreye sokulması da yaygındır (imtiyazlar, yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkı devri vb.).

Bu kamu hizmeti alanlarının olabildiği kadar piyasa terk edilmesi (kamu hizmeti alanının daraltılması) ve bunun mümkün veya istenir olmadığı durumlarda da kamu hizmeti alanlarındaki hizmetlerin özel sektöre gördürülmesi genel eğilimdir. Hizmet Ticareti Genel Anlaşması da bu genel eğilim dışında yer almamaktadır. Getirdiği yenilik “yerellik” unsurunu devre dışı bırakmasıdır.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması ve kamu hizmetleri ilişkisinde, kamu hizmetlerinin korunduğu, Anlaşma kapsamı dışında bırakılabileceği ileri sürülmektedir.

Buna karşılık, özellikle gelişmiş kapitalist ülkelerde gelişen karşıt hareket, GATS’ın eğitim, sağlık, su ve enerji gibi temel kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi sonucunu doğuracağını, bu gibi temel hizmetlerin, büyük kapitalistlerin eline geçeceğini savunmaktadır. Serbest ticaret yanlıları ise, kamu hizmetleri konusunda kaygıların yersiz olduğunu Anlaşmanın kamu hizmetlerini dışarıda bırakabilecek mekanizmalarla donatılmış olduğunu ileri sürmektedir.

GATS savunucularına göre Anlaşmanın m.1/3,b,c hükmü, klasik terminolojiyi kullanmаса da, kamu hizmetlerini kapsam dışında bırakmaya olanak tanımaktadır. (“(b) hizmetler, resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetleri kapsar. (c) Resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet, ticari amaç dışında ve bir ya da fazla hizmet sunucusuyla rekabet etmeksizin sunulan hizmet anlamındadır.”)

DTÖ’nün Hizmet Ticareti Genel Anlaşması hakkındaki eleştirilere yanıt olarak hazırladığı **GATS Gerçek ve Uydurma** kitapçığında, GATS’ın, hükümetlerin kamu hizmetleri konusundaki iktidarını tehdit ettiği eleştirisine karşılık, “*bırakınız (imzacı) 140 hükümeti, herhangi bir hükümet neden kendileri için önemli olan yetkilerini bırakmaya razı olsun ki?*” sorusunu sormakta ve “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler*” konusunda Anlaşmanın hiçbir etkisi olmadığını savunmaktadır.³

Aynı savunma yazısında, “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler” kavramının belirsizliği savına yanıt olarak da “*üyelerden herhangi bir soru gelmediği*

³ 30.11.2001; http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction1_e.htm

için bu ifadenin açıklanma gereği olmadığı ve bu konunun ancak somut bir tedbire karşı çıkarılan uyuşmazlık üzerine tartışılabileceği” belirtilmektedir.⁴

Enerji, su, sağlık, eğitim, haberleşme, ulaşım ve benzeri hizmetler, kamusal örgütlenmeler tarafından yerine getirildiği gibi, tanınan kamusal ayrıcalıklarla (imtiyaz) özel girişicilere de gördürülebilir.

Serbestleştirici kurallarıyla GATS, devlet tarafından yerine getirilen veya özel girişimcilere gördürülen kamu hizmetlerini doğrudan doğruya etkileyecektir. Bu nedenle, Anlaşması’nın kapsamını, kamu hizmetleri bağlamında değerlendirmek önem kazanmaktadır.⁵ Kapsamın açıklığa kavuşturulması, taahhüt listelerinin belirlenmesinde ve daha sonra yapılacak serbestleştirme pazarlıklarında hükümetlere ve bu süreçleri izleyen hükümet dışı örgütlenmelerle muhalif gruplara yardımcı olabilecektir. (Türkiye’nin taahhüt listesinin belirlenmesinde, kamu hizmetlerinin kapsam dışı bırakılması yönünde herhangi bir çaba bulunmamaktadır.)

I. Kapsam: Hizmetler

Hizmetin ne olduğunu ve ontolojik olarak maldan farkını değerlendirmek gerekmektedir. Zira kamu hizmeti, sadece hizmet üretimi şeklinde değil mal üretimi şeklinde de ortaya çıkmaktadır. Adında “hizmet” terimi geçmekle birlikte, kamu hizmeti, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretiminin devletçe üstlenilmesi anlamına gelir. “Mal” ve “hizmet” üretimini kapsar. Kamu hukukunda ve kamu maliyesi/iktisadi disiplininde kullanıldığı şekliyle, kamu hizmeti, mal ve hizmet üretimini içerir.

Mal üretimini konu edinen kamu hizmetleri, GATS kapsamında yer almamaktadır. Bunların, diğer uluslararası anlaşmalarla serbestleştirilip serbestleştirilmediği ayrı bir inceleme konusudur.

GATS, sadece hizmet ticaretini düzenleyen bir anlaşma olduğuna göre, kamu hizmetleri üretimi içindeki “mal üretimi”ni kapsamayacaktır. Bu durumda, sadece toplumsal ihtiyaçları karşılayacak hizmet üretimini konu edinen “kamu hizmetleri”, GATS kapsamına girecektir.

⁴ **Ibid.**

⁵ GATS’ın kapsamını, kamu hizmetleri bağlamında belirlemenin yanısıra ortaya çıkan -bu çalışmada ele alamayacağımız- bir diğer sorun da, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimlerinin piyasa aktörleri tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, devletin elindeki düzeltici kamusal müdahale araçlarının varlığını sürdürüp sürdüremeyeceğidir (örneğin, özel eğitim kurumları için burslu öğrenci okutma zorunluluğu, müfredatın içeriğini belirleme yetkisi vs.) Örneğin, kamu hizmetlerini, piyasa kurallarına göre sunulan özel hizmetlerden ayıran en temel farklardan birisi kamusal finansmandır. Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın bütünü gözönüne alınınca, kamu hizmetleri konusunda ayırıcı bir özellik olan kamusal akçalı destek uygulamasının imkansızlaştığı görülecektir. Eğer bir devlet GATS kapsamında, kamusal akçalı destekte bulunduğu kamu hizmetinin de içinde yer aldığı hizmet sektörü için özel bir sınırlama getirmeksizin taahhütte bulunmuşsa GATS’ın milli muamele (m.17) ilkesine göre, taraf ülkelerden gelen diğer hizmet sunucularına da aynı yardımda bulunmak zorundadır. Yapılacak kamusal desteklemeden, aynı sektörde faaliyet gösteren, yabancı girişimcileri de yararlandırmak milli muamele kuralı karşısında bir zorunluluktur. Böylelikle, kamu yararı için kamunun müdahale araçlarından biri olan akçalı destek fiilen imkansızlaşmaktadır.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması, kapsamını, “*hizmet ticareti*” ve “*hizmet arzı*” kavramlarıyla tanımlamaktadır.

Ancak Anlaşmada “hizmet” teriminin neyi ifade ettiğine ilişkin bir açık bir tanımlama bulunmamaktadır.

Kapsama ilişkin 1. maddenin 3/b bendinde “*hizmetler, resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler dışında kalan hizmetleri kapsar*” şeklinde bir tanımlama yer almaktadır. Sadece ne olduğu belli olmayan bir “resmi otoritenin kullanılmasındaki hizmetler” kategorisini kapsam dışına çıkaran bu hüküm, “hizmet” kavramının neyi anlattığına ilişkin bir açıklık getirmemektedir.

Tanımlara ilişkin 28. maddede de “*hizmet arzı, bir hizmetin üretim, dağıtım, pazarlama, satış ve teslimini içerir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bununla, hizmetin tüm iktisadi aşamalarının, anlaşma kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Ancak hizmetin ne olduğuna ilişkin bir açıklık yoktur.

Ancak Anlaşma’nın eki olan sektörler listesine bakınca, “hizmet” sayılan faaliyet dalları görülmektedir. Ancak burada da bir diğer sorun ortaya çıkmaktadır, Sadece sektörlerdeki nihai çıktılar mı hizmet sayılacaktır? Diğer bir anlatımla, hizmet üretimi için gerekli sabit ve döner sermaye unsurlarının üretilmesi hizmet kavramı içinde değerlendirilmeyecek midir? Listelenen sektörlerde yapılan her tür üretim, hizmet üretimi mi sayılacaktır? Örneğin, devlet sağlık kamu hizmetini verirken, bu hizmeti neredeyse yarı otarşik (yani doğrudan hizmet konusuyla ilgili tüm asli ihtiyaçlarını kendi karşılar) şekilde örgütlerse, örneğin, kamu hastanelerindeki ihtiyacı karşılamak için ilaç üretimi de yaparsa, bu da hizmetler kapsamında mı değerlendirilecektir?

Amerikan Pazarlama Derneği’nden yaptığı belirtilen bir hizmet tanımına göre, “hizmetler soyut mallardır, enazından geniş ölçüde öyledir. Eğer tamamen soyut iseler, üreticiden kullanıcıya direkt olarak mübadele edilirler; taşınamazlar, depolanamazlar ve hemen hemen derhal bozulabilir niteliktedirler. Hizmet şeklindeki malların tanımlanması çoğunlukla zordur; çünkü meydana getirilmeleri, satın alınmaları ve tüketilmeleri eş zamanlıdır. Birbirinde ayrılamaz nitelikteki soyut unsurlardan oluşurlar; çoğu kez önemli bir biçimde tüketici katılımını kapsarlar ve mülkiyetin devredilmesi anlamında satılamazlar ve mülkiyet hakları yoktur. Tüketicilerin mülkiyetle ilişkisi olmaksızın satın aldıkları faydalardır.”⁶

Hançerlioğlu’na göre, “ekonomi dilende *hizmet* bir maldır. Bununla birlikte özdeksel bir üründe gerçekleşmiş değildir, eşdeyişle özdeksel bir mal değildir. Örneğin bir otobüs işletmesi bir *hizmet* görür ama özdeksel bir mal üretmez.”⁷

Palgrave İktisat Sözlüğü’nde, hizmet teriminin yaygın kullanımdaki yalınlığı ile tanımlanmasında karşılaşılan ciddi sorunlar arasındaki karşıtlığa vurgu yapılmaktadır. Temel özellik olarak, Adam Smith’e dayanılarak, ifa edilir edilmez yok olmaları özelliği

⁶ İsmet Mucuk, **Pazarlama İlkeleri**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 1998, s.323

⁷ Orhan Hançerlioğlu, **Ekonomi Sözlüğü**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1977, s.96

gösterilmektedir. Maddi olmayan niteliğinden, saklanamama ve daha sonraki işlemlere konu olamama özellikleri çıkmaktadır.⁸

Bu özellikleri taşıyan bir kamusal üretim, hizmet üretimi sayılacak ve Hizmet Ticareti Genel Anlaşması kapsamında yer alacaktır. Örneğin belediyenin, yaptığı çöp toplama ve genel olarak çevre temizliği bir hizmettir. Hizmet üretimini konu alan bir kamu hizmeti sözkonusudur. Ancak belediyenin asfalt üretmesi, ekmek üretmesi vs. mal üretimini konu alan kamu hizmetleridir. Daha ara kategoriler de düşünülebilir. Kanalizasyon hattı yapımı, asfalt dökülmesi vs'nin niteliği nedir? Palgrave'da inşaat sektörünün hizmetler arasında değerlendirilmediği belirtilmektedir.⁹

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması'nın listelemesinde Türkiye'nin taahhütte bulunduğu hizmet sektörleri, hizmet tanımını olmasa da GATS bağlamında hizmet alanlarını ortaya koymaktadır. Bu alanlar içindeki her türlü etkinliğin, hizmet üretimi olup olmadığı kullanılacak hizmet tanımına göre değişebilecektir.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması çerçevesinde Türkiye'nin taahhütte bulunduğu sektörler şunlardır: **Mesleki hizmetler** (uzmanlık gerektiren hizmetler, bilgisayar ve ilgili hizmetler, diğer mesleki hizmetler), **haberleşme hizmetleri** (posta hizmetleri, kurye hizmetleri telekomünikasyon hizmetleri), **müteahhitlik ve ilgili mühendislik - mimarlık hizmetleri, eğitim hizmetleri** (ilk, orta ve diğer öğretim hizmetleri, yüksek öğretim hizmetleri), çevre hizmetleri (kanalizasyon hizmetleri, çöplerin kaldırılması hizmetleri, sağlık-çevre ve benzeri hizmetler), **mali hizmetler** (sigortacılık ve sigortacılık ile ilgili hizmetler, bankacılık ve diğer mali hizmetler), **sağlık ile ilgili ve sosyal hizmetler** (hastahane hizmetleri), **turizm ve seyahat ile ilgili hizmetler** (oteller ve lokantalar, seyahat acentaları ve tur operatörü hizmetleri), **ulaştırma hizmetleri** (deniz taşımacılığı hizmetleri, hava taşımacılığı hizmetleri, demiryolu taşımacılığı hizmetleri, kara taşımacılığı hizmetleri).

II. Kapsam Sınırı¹⁰: Ticari Amaç Dışında Resmi Otoritenin Uygulanmasında Sunulan ve Özel Rekabeti Bulunmayan Hizmetler

Kamu hizmetleri ile Hizmet Ticareti Genel Anlaşması arasındaki kurulabilecek bağlantının kilit noktasını, “*amaç ve tanım*” başlıklı 1. maddedeki “*hizmetler*” tanımı oluşturmaktadır (m.1/3,b). Buna göre, “(b) *hizmetler, resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetleri kapsar. (c) Resmi otoritenin*

⁸ The New Palgrave, A Dictionary of Economics, Vol 4, 1991, s.314

⁹ Ibid.

¹⁰ Burada “istisna” terimini değil de “kapsam sınırı” ifadesini kullandık. Çünkü bu maddede belirtilen niteliği taşıyan hizmetler GATS “kapsamında” yer almamaktadır. İstisna ise, bir konunun kapsamda bulunması gerekirken belirli gerekçelerle kapsam dışı tutulmasını anlatır. GATS'ta istisnalar ayrıca düzenlenmiştir. Bunlar esas olarak güvenlikle ilgili istisnalardır. Ulusal güvenlik en genel istisnadır (m.14 bis). Devlet tarafından her zaman devreye sokulabilir. Ancak taraflardan birinin çıkaracağı uyuşmazlık üzerine, devletçe alınmış olan tedbirler GATS'ın uyuşmazlık çözen mekanizmalarınca değerlendirilebilecektir. Genel güvenlik istisnasının dışında, madde 14'te, kamu düzeni (özellikle sağlık) ve bireysel özgürlüklerle ilgili istisna düzenlemektedir.

uygulanmasında sunulan hizmet, ticari amaç dışında ve bir ya da fazla hizmet sunucusuyla rekabet etmeksizin sunulan hizmet anlamındadır.”¹¹

Maddenin yazımı belirsizdir. Örneğin bu hükmü dayanılarak, “kamu gücü kullanılmasını gerektiren, merkezi veya yerel yönetimlerce sunulan hizmetlere” GATS’ın uygulanmayacağını savunabiliriz, ancak bu istisnanın dar yorumlanacağını, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın, kamu hizmetlerini de DTÖ sistemine dahil ettiğini de düşünebiliriz.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın savunucularına göre, anlaşmanın kapsamını belirleyen hizmet tanımı için getirilen bu sınırlama, kamu hizmetleri konusundaki kaygıları giderici niteliktedir.

İktisadi nitelikte olan, yani piyasada alınıp satılabilecek nitelikte olan, her türlü mal ve hizmetin, üreticisine ve sunucusuna bakılmaksızın, serbest pazarın işleyiş kurallarına tabi kılınmasını hedefleyen bir anlaşmanın kapsam maddesi de aynı mantık çerçevesinde düzenlenmiştir. İktisadi nitelik taşımayan, siyasal nitelikteki hizmetler (*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler*); yasama (kural koyma hizmetleri), yürütme (kuralları uygulama ve düzen sağlama hizmetleri), yargı (adalet sağlama hizmetleri) anlaşmanın kapsam dışındadır. Bu alanın, piyasayla ilişkisi olmadığını vurgulamak için iki özellik daha eklenmiştir: “*ticari amaç dışında*”, “*rekabet etmeksizin sunulan hizmet*.”

Yani siyasal alanın (devletin) bugüne kadar, piyasa aleyhine genişlediği bütün alanlar tekrar piyasanın kapsamına alınmıştır. Devletin, özellikle piyasadaki işletmelere “benzer”, ama özünde, ayırıcı özellik olarak kamusalılık (kamu finansmanı, kamusal karar, kamusal ihtiyaç ve kamu gücü kullanımı) taşıyan, mal ve hizmet üretim birimleri, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması çerçevesinde, herhangi bir kamusal ayrıcalık taşıyamayacak ve piyasa aktörleri ile eşitlenecektir. “Kamu”, özel karşısında, anlaşmanın zorunlu kıldığı dört hizmet sunum biçimi bakımından herhangi bir özellik taşımamaktadır. Bu anlamda, piyasadaki aktörlerden farkı kalmayan kamusal işletmelerin, “kamusalılığı” anlamlandıracak bir özelliği bulunmayacağı için varlık nedenleri de ortadan kalkacaktır.

Resmi çevirinin anlatımıyla “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet*” (ya da daha doğru bir karşılıkla, “*kamu gücü kullanılmasını gerektiren*” hizmetler) kavramının, neyi ifade ettiğini ve kapsamını belirlemek önem kazanmaktadır. Buna, “*rekabet etmeksizin sunulma*” ve “*ticari amaç dışı*”nda olma koşulları da eklenmelidir.

¹¹ Fransızcası: “(b) les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental;

(c) un "service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services.”

İngilizcesi: (b) "services" includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority;

(c) "a service supplied in the exercise of governmental authority" means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers.

“*Rekabet*” ve “*ticari esas*” kavramlarının geniş yorumlanması durumunda, “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet*” kavramı daralacak ve daha fazla sayıda kamu hizmeti Hizmet Ticareti Genel Anlaşması tarafından kapsanacaktır.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması belgelerine ve tartışmalarına bakıldığında bu maddenin anlamı üzerinde büyük belirsizlikler olduğu görülmektedir.

“*Resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet*” istisnasının ne olabileceğine ilişkin Mali Hizmetlere İlişkin Ek’te bir düzenleme bulunmaktadır. Sadece sınırlı bir alana ilişkin olan bu ekteki düzenlemeye göre, “(i) *para ve kur ve para politikalarına yönelik olarak merkez bankası veya para kurulu tarafından yapılan faaliyetler* (ii) *yasal sosyal güvenlik ve emeklilik sisteminin parçası olan faaliyetler* ve (iii) *devletin mali kaynaklarını kullanarak, onun güvencesinde veya hesabına, bir kamu birimince yürütülen diğer faaliyetler*” resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler sayılacaktır. Devletin mali politikalarının gerçekleştirilmesine ilişkin, devlet egemenliğine değgin hizmetlerin sözcüğün gerçek anlamıyla “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet” niteliği taşıdığı çok açıktır. Bu nedenle, bu düzenlemenin diğer hizmet alanlarında sözkonusu hükmün nasıl uygulanabileceğine ilişkin bir ipucu sunabilmesi mümkün değildir.

Ayrıca Hava Taşımacılığı Hizmetlerine ilişkin Ekte, hava trafiği hakları ve bu trafik hakkıyla doğrudan bağlantılı olan hizmetler GATS kapsamı dışında kabul edilmiştir. Ancak bu kabulün gerekçesinin, sözkonusu hizmetlerin, “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet*” olarak değerlendirilmesi olduğuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.¹²

DTÖ Sekreteryasının hizmet dallarına ilişkin çeşitli *bilgi notlarında*, bu hükmün anlamının belirsizliğine ilişkin birçok örnek bulunabilir. Örneğin, çevresel hizmetler alanındaki notta Sekreterya, “*ticari amaç*”tan ne anlaşılması gerektiğini değerlendirirken, özel kişiler tarafından tekelli olarak yerine getirilen ancak bedeli kullanıcılarından alınmayıp hükümet tarafından sağlanan hizmetler sözkonusu olduğunda 3/b,c hükmünün uygulanıp uygulanamayacağının tartışmalı olduğunu saptamıştır. Hiçbir ek değerlendirme bulunmamaktadır.¹³

Sağlık ve sosyal hizmetlere ilişkin *bilgi notunda* Sekreterya, hükümetin sahip olduğu hastaneler ile özel hastanelerin birarada bulunmasının rekabete ve Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın uygulanmasına ilişkin sorunlar doğurabileceğini saptamıştır: “pek çok ülkedeki hastane sektöründe, özel ve kamu sahipliğindeki hastaneler ticari esaslarla, ücreti hastadan veya sigortadan alarak faaliyette bulunmaktadır. Sosyal, bölgesel dengesizliği gidermek ve benzeri politika tercihleri doğrultusunda ek sübvansiyon yapılabilir. Benzeri durumlarda, 3.maddenin

¹² Environmental Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W46, p.14-15, No.52-53 Aktaran, Markus Krajewski, **Public Services and the Scope of the General Agreement on Trade in Services (GATS)**, May 2001

¹³ **Ibid.**

uygulanmasını sürdürmek veya iki grup hizmet sunucusu arasında rekabet bulunmadığını iddia etmek gerçekçi görünmemektedir.”¹⁴

Buradaki yaklaşıma göre, kamusal akçalı yardım (sübvansiyon) alsalar bile, kullanıcılardan bir bedel talep edilmesi ve aynı alanda özel girişimcilerin de bulunması durumunda, kamu hizmetleri GATS kapsamında yer almaktadır.

Bununla birlikte, GATS konusundaki yoğunlaşan eleştirileri gidermek için hazırlanan **GATS Gerçek ve Uydurma** başlıklı kitapçıkta, yukarıdaki örnek üzerinden tamamen farklı bir sonuca varılmıştır. “Kamu (İngilizce metinde “government”) hizmetlerinin, özel hizmetlerle birlikte varolması mümkündür. Sağlık ve eğitim sektörlerinde bu kural olabilecek denli yaygındır. Özel sağlık hizmetlerinin kamu hizmetleri ile yanyana bulunması, kamu hizmetlerinin ‘governmental hizmetler’ olma niteliğini ortadan kaldıramaz.”

Sağlık sektörüne ilişkin *bilgi notundaki* yaklaşımla, bu savunmadaki yaklaşım birbiriyle çelişiktir. Bu çelişkiyi, Kitapçığın “kaygıları giderme” amacıyla açıklayabiliriz.

Özetle 3/b,c’nin anlamı üzerine DTÖ Sekreteryasının çalışmalarında bir açıklık bulunmamaktadır.

DTÖ üyesi devletler arasındaki değerlendirmelerin incelenmesi de benzer bir sonuca götürmektedir. “Resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet” kavramının üyeler nezdinde de açık bir anlamlandırılması bulunmamaktadır. Hizmet Ticareti Danışma Kurulu’nun (*Council for Trade in Services*) toplantılarında, katılımcı ülkelerden farklı değerlendirmeler gelmiştir. Örneğin, hava taşımacılığı konusunda, “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet”in, “hava trafik kontrolü, hat tahsisi ve bazı durumlarda da havaalanı işletmesi” olabileceği savunulmuştur. Kamu alımlarına ilişkin toplantıda Arjantin delegesi, otoyol işletme imtiyazının “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet”in açık bir örneği olduğunu savunmuştur.¹⁵

Bu değerlendirmelerin ötesinde, “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet*” sınırlaması, GATS’ın taahhüt listeleri düzenlenirken, bu taahhütlere uygun iç düzenleme çalışmaları yapılırken taraf ülkelerce, bu düzenlemeler ve idari uygulamalar nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlık üzerine de hakem heyetlerince ve Anlaşmazlıkların Halli Organınca (*Appellate Body*) yorumlanacaktır. Anlaşmanın kapsamına ilişkin m.1/3,b,c’nin anlamlandırılması bu yorumlar sırasında, somut olaylar bağlamında gerçekleştirilecektir.

Sözkonusu hüküm bugüne kadar sadece bir kez ve o da dolaylı olarak uyuşmazlık çözüm sürecine konu olmuştur. Anlaşmazlıkların Halli Organı (*Appellate Body*), 1,3,c hükmünün Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın kapsamını daraltacak şekilde anlaşılamayacağını belirtmiştir. Konuya ilişkin olabilecek tek karar, *Bananas* olayında verilmiştir. Anlaşmazlıkların Halli Organı, GATS’ın kapsamını değerlendirirken,

¹⁴ **Ibid.**

¹⁵ **Ibid.**

1,3,c'nin nasıl uygulanacağına ilişkin doğrudan bir inceleme yapmamakla birlikte, “*bu hükümlerde, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması için dar bir uygulama alanı önerilmesini gerektiren hiçbir şey bulunmamaktadır*” saptaması yapmıştır. Konuya ilişkin tek kararda kullanılan bu ifade, Anlaşmazlıkların Halli Organı’nın, GATS’a geniş bir uygulama alanı tanımaya istekli olduğunu göstermektedir.¹⁶

Uluslararası kamu hukukunda, anlaşmaların yapımına ilişkin kurallar bulunmaktadır. Bu kurallar çerçevesinde, uluslararası anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler de yer almaktadır.

1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31 ve 32. maddelerinde Anlaşmaların yorumu düzenlenmiştir. Bu kurallar DTÖ’nün Anlaşmazlıkların Halli Organınca da kullanılmıştır.¹⁷

1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin genel yorum kuralı başlığını taşıyan 31. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*bir anlaşma, anlaşmanın bağlamı ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında terimlerin olağan anlamına uygun biçimde iyinitle yorumlanmalıdır.*” Anlaşmanın, girişi, ekleri, anlaşmaya bağlı diğer anlaşmalar veya belgeler de yorum araçlarıdır. Buna ek olarak, tamamlayıcı yorum araçlarını düzenleyen 32. maddeye göre, belirsizlik durumunda “*anlaşmanın hazırlık çalışmaları ve yapıldığı koşullar da değerlendirilebilir.*”

Özetlemek gerekirse¹⁸, **temel yorum kuralları**; iyiniyet ilkesini, anlaşma terimlerinin olağan anlamının aranması ilkesini, anlaşmanın bağlamının gözönünde tutulması ilkesini (anlaşma metninde yer alan bütün hükümler, anlaşmanın oluşturduğu genel sistem, anlaşmanın başlangıcı, birbiriyle bağlantılı anlaşmalar veya öteki hukuksal belgeler) anlaşmanın konusuna ve amacına uygunluk ilkesini ve etki doğurma ilkesini (anlaşma uygulanmak için yapılmıştır) gözönünde bulundururken; **tamamlayıcı yorum kuralları**, anlaşmanın hazırlık çalışmalarını ve anlaşmanın yapıldığı koşulları dikkate alır.

Bütün bu yorum araçları gözönünde bulundurulduğunda, serbest ticareti geliştirmek üzere kurulmuş bir örgütün, bu amaçla hazırladığı bir anlaşmanın, kamu hizmetlerini piyasadan korumak üzere yorumlanabileceğini düşünmek anlamlı değildir.

Yukarıda belirtilen yorum kuralları çerçevesinde anlaşmalar, dar ve geniş yorum, benzetme yoluyla yorum, aksiyle kanıtlama yoluyla yorum vb. değişik yöntemlerle yorumlanabilir.

Konumuz açısından 1/3,bc’de yer alan, “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler” ifadesinin dar yorumlanması, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın kapsamını genişletecek, bu ifadenin geniş yorumlanması, kamu hizmetlerinin dışarıda bırakılmasına olanak sağlayarak, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın kapsamını daraltacaktır.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Örnek dava: United States – Standards for reformulated and Conventional Gasoline, 20 May 1996, WT/DS2/AB/R and Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, 1 November 1996, WT/DS8-11/AB/R.

¹⁸ Bkz. Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 1.Kitap**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1994, s.184 vd.

“Uygulamada dar yorum yöntemine çok daha fazla başvurulduğu görülmektedir. Özellikle olağandışı nitelikli anlaşma kayıtlarının dar yoruma tabi tutulduğu izlenmektedir. Bu çerçevede uluslar arası hakemlik yada yargı organlarına yetki tanıyan anlaşmaların, bir devletin egemenlik yetkisini kısıtlayan anlaşmaların, bir uluslararası hukuk kişinin uluslararası sorumluluk konusunda ileri sürebileceği haklardan tek taraflı vazgeçilmesini içeren anlaşma hükümlerinin dar yoruma tabi tutuldukları görülmektedir.”¹⁹ Uluslararası hukuktaki bu özelliğin, GATS uygulanmasında da geçerli olup olmayacağına ilişkin bir belirti bulunmamaktadır.

İncelediğimiz düzenlemeye benzer bir düzenleme, Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nda da yer almaktadır. Buradaki uygulama, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması bağlamında bize ışık tutabilecek niteliktedir. Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmasının 55. maddesinde (Birleşik Metinde 45. madde), “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler*” benzeri bir “istisna” düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, 3. Başlık, II. Bölümde yer alan yerleşme hakkına ilişkin düzenlemeler, kamu gücüyle ilgili faaliyetler sözkonusu olduğunda uygulanmayacaktır.²⁰

Ancak bu istisna hükmü, kamu hizmetlerinin korunmasında bugüne kadar etkili olamamıştır. Şimdiye kadar ATAD'ın, ilgili uyuşmazlıklarda, bir faaliyeti resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler kapsamında değerlendirdiği görülmemiştir.²¹ Kamu hizmetlerinin korunması konusunda hassasiyet göstermek bir yana, Komisyon, kamu hizmetlerini, ticari serbestleşme yükümlülüklerinin dışında tutmaya çalışan üyeleri Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na götürmektedir. Örneğin, işbulma merkezlerindeki devlet tekeli şikayet konusu edilmiş ve özel sektör rekabeti olmamasına, saf bir kamu tekeli geçerli olmasına ve kâr amacı gütmeyen faaliyet gösterilmesine karşın ihlâl kararı çıkmıştır. ATAD'ın bu ve benzeri kararlarındaki gerekçeleri, DTÖ tartışmalarında sıklıkla kullanılmaktadır.²² “Resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler” ifadesinin anlamını belirleyecek asıl önemli nokta, “ticari esaslara göre”, “rekabet etmeksizin” sunulan hizmet olma özellikleridir.

Anlaşma'nın belirlediği hizmet sektörlerinde yer alan bir faaliyetin, Anlaşma kapsamında yer almaması için, “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler*” daha doğru bir Türkçeleştirmeye, *kamu gücü kullanılan hizmetler* arasında yer alması gerekir. Ancak bu yeterli değildir. Kamu gücü kullanılarak sunulan kamusal hizmetler, “*ticari esaslara göre*” ve diğer girişimcilerle “*rekabet*” halinde sunuluyorsa bunlar da Hizmet Ticareti Genel Anlaşması kapsamında yer alacaklardır.

Anlaşma'nın kapsamını belirleyen “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler*” ifadesinin kapsamı da bu iki koşula göre belirlenmektedir. Bu nedenle, “*ticari esaslara göre ve rekabet etmeksizin sunulma*” ifadesinin yorumlanması önem kazanmaktadır. Bunların dar anlamlandırılması, resmi otoritenin uygulanmasında

¹⁹ *Ibid.*, s.189

²⁰ Article 45 (ex Article 55): “The provisions of this Chapter shall not apply, so far as any given Member State is concerned, to activities which in that State are connected, even occasionally, with the exercise of official authority.”

²¹ Saptama için bkz. <http://www.canadians.org/campaigns/campaigns-trade/pub-gats-fact-fiction-2.html>

²² *Ibid.*

sunulan hizmetleri genişletecek ve Hizmet Ticareti Genel Anlaşması'nın uygulama alanını daraltacaktır.

A. Ticari Esaslara Göre Sunulma

1/3,c'de yer alan, “ticari esaslara göre sunulma” kavramı geniş yorumlandığında, kullanıcılardan herhangi bir doğrudan bedel alınarak sunulan her türlü hizmeti kapsar.

Bu durumda kamu hizmetleri kullanıcılarının, kullanım için bir para ödüyor olmaları, o hizmetin “ticari esaslara göre sunulma”sı anlamına gelmekte, hizmet “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler” kapsamından çıkmakta ve Hizmet Ticareti Genel Anlaşması'nın kapsamına girmektedir.

Ödenecek bedelin, tüm maliyet unsurlarını kapsayan bir fiyat olması ile, kamu yararı gözönünde tutularak belirlenmiş, gerekirse kamusal kaynakla desteklenmiş bir karşılık olması arasında bir ayrım yapıp yapılmadığı ayrı bir konudur. Ancak, kamu hizmetleri için, kamusal duyarlılıkları gözönünde bulundurmeyen, maliyet ve kârlılık unsurlarını tam kapsayan bir fiyatlandırmanın artık ilke olarak kabul edildiği düşünüldünce, böyle bir ayrımın arzu edilir olmadığı sonucuna varılabilir.

1/3,c'de yer alan, “ticari esaslara göre sunulma” kavramı dar yorumlandığında ise, “piyasa fiyatı” esas alınacaktır. Yani sadece piyasa fiyatıyla sunulma, “ticari esaslara göre sunulma” sayılacaktır. Maliyet artı kârı kapsamayan hizmet fiyatlandırmaları sözkonusu olduğunda, kamu hizmetleri paralı olsa bile “ticari esaslara göre sunulan hizmet” sayılmayacak ve “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler” kapsamına sokularak Hizmet Ticareti Genel Anlaşması kapsamından çıkarılabilecektir.

“Ticaret” kavramını, para karşılığı mal değişimi olarak değerlendirecek, ancak herhangi bir karşılık ödenmeyen hizmetler ticari nitelik taşımayan hizmetlerdir. Ancak para karşılığı yapılan her türlü değişim ticaret değildir. Ticaret, “ucuz mal alıp pahalıya satarak para kazanmaktır.”²³ Kamu hizmetleri için yapılan fiyatlandırma, kural olarak, kârı kapsamayan, kimi zaman da yapılan kamusal desteklemelerle maliyet düzeyinin bile altında kalan bir oranda olabilir. Bunun dışında, kamu hizmetleri, satıştan elde edilen kârlarla kurulup sürdürülmezler. Özellikle kuruluş sermayeleri bütçe/vergi finansmanı ile sağlanan kamusal sermayedir. Özel kişilere gördürülen ve özel kişinin kullanıcılardan bir bedel aldığı durumlarda da hizmet tam olarak ticarileşmemektedir. Tarifelerin belirlenmesi yetkisi devlette kalmakta, kamusal kaygılarla piyasadan düşük fiyatlandırma yapılan durumlarda, özel girişimcinin kârı ek ödemelerle ödemelerle güvenceye alınmaktadır. Bu nedenle, kamusal fiyatlandırma (tarifelendirme), kamusal finansman, kamusal sübvansiyon, kamu tarafından kârsız fiyatlandırma, maliyet altında fiyatlandırma ve benzeri durumlarda kamu hizmeti, “ticari esaslara göre sunulan” hizmet olarak değerlendirilmeyebilir.

B. Rekabet Halinde Sunulma

Bir hizmetin, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması kapsamında yer almayan “resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmet” olarak değerlendirilebilmesi için “ticari amaç” gütmemesi yetmemekte, aynı zamanda “rekabet etmeksizin sunulması” da

²³ Orhan Hançerlioğlu, *Ekonomi Sözlüğü*, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1977, s.271

gerekmektedir. Bu nedenle hizmette rekabet kavramının anlamını belirlemek önem kazanmaktadır.

Rekabet, firmaların aynı müşteriler ve pazar için yaptığı yarışmadır.

Açık yasal tekeller tanınarak kimi sektörler kamunun tekeli altına alınmış olabilir. Bu gibi siyasal tekel durumlarında hizmet, yukarıda değerlendirdiğimiz çerçevede ticari amaç da gütmüyorsa Anlaşma kapsamında yer almayacaktır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Siyasal tekel altındaki kamu hizmeti alanlarında, hizmetin idare tarafından bizzat yerine getirilmeyip “imtiyaz” veya başka yöntemlerle özel girişimcilere gördürüldüğünde imtiyazın dağıtımı anında oluşacak “firmalar arası yarışma” GATS bağlamında ne anlama gelecektir? Bu olasılık, siyasal tekel sözkonusu olduğu, devlet tarafından özel girişimciye gördürülmüş olsa da tekelli alandan çıkan hizmet herhangi bir firmanın rekabetine maruz kalmayacağı için Anlaşması kapsamında değerlendirilemez.

Ancak kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde yasal (siyasal) tekel yaratılması çok sınırlı bir uygulamadır. Olağan durum, kamu hizmetleri ile özel hizmetlerin yan yana (ama elbette özünde farklı işleyiş rejimleriyle) aynı toplumsal ihtiyaçları karşılamasıdır. Bu durumda, fiili/iktisadi bir tekel oluşumu sözkonusu olabilir. Ülkemizde kapitalizmin henüz gelişmekte olduğu dönemlerde görülmüş olan bu durum, kapitalizm gelişip derinleştiği, “pazar”genişlediği oranda gerçek bir istisna haline gelmektedir. Olağan durum biraradalıktır.

(Rejim/mantık farklılığına rağmen), aynı toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere kamusal ve özel hizmetlerin birarada var olması olgusu, Hizmet Ticareti Anlaşması’nın genel mantığı içinde değerlendirildiğinde, “*rekabet etmeksizin sunulma*” koşulunun gerçekleşmesi imkansız hale getirmektedir.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın yaklaşımı sektörelidir. Sektörde kamu girişimiyle birlikte bulunan her özel girişim, Anlaşmanın aradığı rekabet etme koşulunu tamamlayacak ve o kamu hizmeti alanı da Anlaşma kapsamına girecektir.

Kamu hizmeti faaliyetleri, çoğunlukla, özel teşebbüslerin aynı tip faaliyetlerinin bulunduğu sektörlerde gerçekleşir. Tüm bir sektörün, sadece kamu hizmeti tarafından işgal edilmesi istisnaidir. Örneğin devlet tarafından parasız olarak verilen ilköğretim sektöründe özel girişimler de faaliyet göstermektedir.

Kamu hizmetlerinin, münhasıran devlet tarafından sunulmasıyla genellikle karşılaşılmaz. Karma bir sistem uygulanır. Devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak alanlarda genellikle, özel girişimler de faaliyette bulunmaktadır. Ülkemizde, Tekel İdaresinin yasal tekel hakkı da kaldırıldıktan sonra, sınai ve iktisadi kamu hizmetleri arasında “tekelli kamu hizmeti” kalmamıştır. Hatta, idari kamu hizmetleri olarak adlandırdığımız, klasik olarak devletin egemenlik yetkisinden köken alan bazı hizmetler de özel teşebbüse açılmış durumdadır. Örneğin, devletin düzen sağlama hizmetleri arasında yer alan, iç güvenlik hizmetlerinde (polis, zabıta, jandarma) özel güvenlik şirketleri de hizmet sunmaktadır.

“Rekabet halinde sunma”nın ölçütü olarak iki dereceli bir değerlendirme yapılması da önerilmektedir.²⁴ Birden fazla hizmet sunucusunun aynı veya benzer nitelikte hizmet sunması ilk derecedir. Bu durumun varlığı yeterli değildir. İkinci bir aşama, hizmet sunucularının bir birini ikame edebilmesidir. Ancak bu durumda rekabetten söz edilebilir. Bu öneri, örnek olarak ilköğretime uygulanmaktadır. Kamu ve özel ilköğretim kurumlarının rekabet halinde olduğu düşünülebilir. Çünkü belirli bir yaşa kadar olan çocuklara belirli bir düzey eğitimin sağlanması sözkonudur. Bununla birlikte, iki hizmet sunucusunun hizmetlerinin karşılaştırılamayacağı çünkü kamu okullarının tüm ülkeyi kapsayıcı genel eğitim yükümlülüğünü yerine getirdiği de ileri sürülerek rekabet durumunun bulunmadığı savunulabilir. Ancak bu yaklaşım sadece bir *bilgi notunda* bulunmaktadır.

Aynı sektörde benzer hizmet/mal sunan girişimlerin yarışmasını ifade eden rekabetin güdüsü, “benzerlerinden daha çok satmak ve daha çok kâr etmek için yarışmak”dır.²⁵ Kapitalist rejimde, bu amacın özel girişimcilere özgü bir amaç olduğu ve kamusal/siyasal örgütlenmenin böylesi bir amaçla hareket edemeyeceği açıktır. (Etmesi durumunda, elindeki, piyasa aktörlerinin sahip olamayacağı, sayısız ayrıcalıklarla tüm ekonomiyi kamusallaştıracağı bunun da kapitalizmin şu ya da bu biçimde dışına çıkılması anlamına geleceği açıktır.) Devletin kamu hizmeti olarak üstlenerek toplumsal ihtiyaçları karşıladığı alanlar “piyasa”, “arz talep”, “rekabet”, “özgür sözleşme”, “meta” vb. gibi kavramların belirli oranlarda geçersizleştiği alanlardır. (Aksi takdirde devletin bu alanlardaki varlığını anlamı kalmaz.) Bu nedenle, kamu girişimlerinin yanısıra aynı sektörde, özel girişimlerin faaliyetleri bulunsun da kamu hizmetinin doğası gereği rekabetin dışında kaldığı savunulabilir. Ancak yazı boyunca belirttiğimiz gibi, böylesi bir yorumun, Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın amacı ve genel mantığı karşısında tutunabilmek olanağı bulunmamaktadır.

SONUÇ

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’nın, kamu hizmeti kavramını olabildiğinde daraltıp hizmetlerde serbest ticareti genişletmeye yönelik yukarıda ele aldığımız hükümleri, kamu hizmetlerini, piyasada üretilen hizmetlere fazlaca benzeyen sınav ve ticari kamu hizmetlerini dışarıda bırakacak şekilde anlamlandırma yönündeki genel eğilim içinde yer almaktadır. Kamu hizmeti kuramının kurucu ülkesi olan Fransız Anayasa Konseyi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Avrupa Adalet Divanı’nın yeni geliştirdiği eğilim, kamu hizmetini ve kamu hizmetine bağlanan kamu hukuku sonuçlarını sadece, klasik (idari) kamu hizmetlerinin de gerisine düşer şekilde, egemenliğin kullanılmasına ilişkin (*regalyen*) hizmetlere hastretme yönündedir.

Fransız Anayasa Konseyi, idari yargının Anayasa tarafından korunan bir alanı olup olmadığını değerlendirirken idari işlemin ve dolayısıyla idari yargının çekirdek alanı

²⁴ Environmental Services, Background Note by the Secretariat, 6 July 1998, S/C/W46, p.14-15, No.52-53 Aktaran, Krajewski, **Public Services and the Scope ...**,

²⁵ Haçerlioğlu, **Ekonomi Sözlüğü**, s.219

olarak, kamu gücünün kullanıldığı idari faaliyetleri esas almıştır.²⁶ Aynı yaklaşım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamayan “adil yargılanma” hakkını düzenleyen AİHS 6. maddesine ilişkin kararlarında da kullanılmış; kamu gücü kullanılmasını gerektirmeyen devlet işlevlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari iş sayılmayarak 6.madde kapsamına alınmıştır.²⁷ Avrupa Birliği mevzuatında da, yerleşme hakkının istisnası olarak, “*resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler*” düzenlenmiş ve bu hüküm, ATAD tarafından, “sadece kamu gücünün kullanıldığı kamu hizmetleri”yle sınırlı olarak anlaşılmıştır.²⁸

Kamu hizmetlerini, adını anmadan da olsa, kamu gücü kullanılan faaliyetlerle sınırlama eğilimi, esasında kamu hizmeti kavramıyla çelişik değildir. Zira, kamu hizmeti, devlet tarafından belli oranda piyasanın işleyiş kurallarından bağımsız kılınarak üstlenilmiş mal ve hizmet üretim alanlarını ifade eder. Piyasanın işleyişinden bağımsız kılınma ise, devlet tarafından, kamu gücü kullanılarak belli faaliyet konularına, piyasada bulunmayan kamusal ayrıcalıklar ve yükümlülükler getirilmesini gerektirir. Bu nedenle, kamu gücü ve kamu hizmeti birbirinde ayrı düşünülemez.

Ancak sözünü ettiğimiz eğilim, bu kuramsal doğruluğu vurgulamak gibi bir akademik kaygıdan değil, kamu hizmetlerini, iktisadi ve sınai kamu hizmetlerini dışarıda bırakarak klasik kamu hizmetleri (liberal devletin, güvenlik ve düzen hizmetleriyle sınırlı birkaç sosyal hizmet) ile sınırlama amacından kaynaklanmaktadır.

Hizmet Ticareti Genel Anlaşması'nın, kapsamını sınırlayan, incelemekte olduğumuz hükmü ile esasen iyi bir kamu hizmeti tanımı verilmektedir. Madde 1/3,b hükmünü şu biçimde de okuyabiliriz: “*kamu hizmetleri, resmi otoritenin uygulanmasında [yani kamu gücü kullanılarak], ticari amaç dışında ve bir ya da fazla hizmet sunucusuyla rekabet etmeksizin sunulan hizmetlerdir.*” Bunlar kamu hizmetidir ve pazardan, ticari serbestleşmeden muafır.

²⁶ Fransız Anayasa Konseyinin **Conseil de la Concurrence** Kararı, CC., n. 86-224 Dc, 23 janvier 1987, Karar ve değerlendirmesi için bkz. Pierre Esplugas, **Conseil Constitutionnel et Service Public**, Paris, LGDJ, s.99 vd.

²⁷ **Pellegrin v. France**, Application no.28541/95, 8 December 1999; Karara göre, “üye devletlerin kamu hizmeti sektörlerinde, kamu hukuku tarafından verilen yetkilerin kullanıldığı belirli görevler vardır. Bu görevlerde bulunanlar, devletin egemen yetkisinin bir kısmına sahiptirler. (Bu tip faaliyetlerin tipik örneği, silahlı kuvvetler ve polistir.) Bu nedenle, devletlerin, bu hizmetlilerden özel bir güven ve bağlılık beklemekte meşru bir yararı vardır. Öte yandan, bu ‘kamu yönetimi’ özelliği taşımayan görevler için böylesi bir yarar yoktur.”

²⁸ Örneğin, **European Commission v. the Grand Duchy of Luxembourg**(C-473/93, 2 July 1996, ECR I-3248) “§ 27 ... madde 48(4) kapsamına girip girmediğini belirlemek için, sözkonusu görevin, kamu hukuku tarafından verilen yetkileri kullanan ve Devletin kamu yararını koruma sorumluluğunu sahip olan kamu hizmeti faaliyetlerinin bir örneği olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. § 31 ... Araştırma, sağlık, dahili taşımacılık, posta, telekomünikasyon, su, gaz ve elektrik gibi alanlardaki görevler genel olarak özgül kamu hizmeti faaliyetlerinden uzaktır çünkü bunlar, kamu hukuku tarafından tanınan gücün kullanımıyla veya devletin kamu yararını koruma yükümlülüğü ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili değildir. ... § 33 ... Divan çeşitli kararlarında, stajer öğretmenlerin, (Case 66/85 Lawrie-Blum [1986] ECR 2121, §28), yabancı dil asistanlarının (Case 33/88 Allué and Coonan [1989] ECR 1591, §9) veya ortaokul öğretmenlerinin (Case C-4/91 Bleis [1991] ECR I-5627, §7) bu nitelikleri taşımadığına karar vermiştir. § 34 Aynı nedenlerle, ilkökul öğretmenleri için de aynı sonuç geçerlidir.”

Ancak böylesi bir akademik yorumla GATS gerçeğini gözardı ettiğimiz sanılmamalıdır. Hizmetlerin serbestleştirilmesini ve piyasa işleyişine tabi kılınmasını hedefleyen bir anlaşma ve bu anlaşmanın kapsam sınırı olarak da kamu hizmetleri sözkonusudur. Sınırın anlamlandırılması anlaşmanın varlık nedeni çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Kısacası Anlaşmanın bağlamı önemlidir. Kilit nokta “yorum” kavramındadır. Anlaşma açıkça kamu hizmeti kavramını kullanmamakta; doğrudan bir zorlama getirmemektedir. Ancak netice itibariyle hizmet ticaretini serbestleştirmeyi amaçlayan bir anlaşmanın varlık nedenini gerçekleştirebilmesi için, kapsam sınırını belirleyen hükmün olabildiğince dar yorumlanacak ve bu hükmün kamu hizmetleri için getirebileceği korumanın ancak devletin egemenlik yetkisini kullanımına yönelik sınırlı bir “çekirdek kamu hizmetleri”ne ilişkin olacaktır. Hizmet Ticareti Genel Anlaşması, sadece daraltılmış bir kamu hizmetleri alanı için “koruma” sağlamakta, bunun dışındaki geniş kamu hizmeti alanlarını ticaret serbestleştirmesinin ilkelerine tabi kılmakta, bunu yaparken de önemli bir yenilik olarak “yerellik unsurunu” devreden çıkartmaktadır.

18.4.2002